

VU Research Portal

Het Straatsburgse oordeel over de ernstig geschokte rechtsorde, het slot van een trilogie

Borgers, M.J.

published in

Ars aequi

2007

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Borgers, M. J. (2007). Het Straatsburgse oordeel over de ernstig geschokte rechtsorde, het slot van een trilogie. *Ars aequi*, 981-986. [30].

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Het Straatsburgse oordeel over de ernstig geschokte rechtsorde, het slot van een trilogie

Prof. mr. M.J. Borgers

AA2007-30

EHRM 5 juli 2007, appl.no. 28831/04 (Kanzi tegen Nederland) en EHRM 5 juli 2007, appl.no. 43701/04 (Hendriks tegen Nederland)

Inleiding

In twee eerdere Ars Aequi-annotaties heb ik dit jaar de complexe verhouding tussen enerzijds het Nederlandse criterium van de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis (voor zover er sprake is van een misdrijf waarop naar de wettelijke omschrijving twaalf jaar of meer gevangenisstraf staat) en anderzijds het Straatsburgse criterium van 'public disorder' besproken aan de hand van recente Nederlandse rechtspraak.¹ De tweede annotatie, die in het oktobernummer van dit jaar verscheen, eindigde ik met de opmerking dat een uitspraak van het EHRM in een Nederlandse zaak meer duidelijkheid zou kunnen verschaffen over die verhouding. Vrijwel tegelijkertijd met het schrijven van die woorden voorzag het Straatsburgse hof in die behoefte. Op 5 juli 2007 heeft het EHRM twee ontvankelijkheidsbeslissingen gewezen naar aanleiding van klachten in Nederlandse zaken omtrent de toepassing van voorlopige hechtenis. De overwegingen van het hof komen er daarbij op neer dat de criteria van de ernstig geschokte rechtsorde en 'public disorder' niet wezenlijk van inhoud verschillen. Dat impliceert dat de onderlinge verhouding tussen die criteria minder problematisch is dan in de Nederlandse literatuur wel is aangenomen.² Om die reden is een bespreking en analyse van de Straatsburgse beslissingen op zijn plaats.

De feiten en de klachten

Kanzi wordt op 11 februari 2004 aangehouden op verdenking van handel in drugs. Na het verstrijken van de in verzekeringstelling staat de rechter-commissaris de bewaring toe, met recidivegevaar als grond voor voorlopige hechtenis. Vervolgens wijst de Rechtbank Maastricht op dezelfde grond de vordering tot gevangenhouding toe voor een periode van dertig dagen, waarna de gevangenhouding verder wordt verlengd. Tegen deze verlengingsbe-

slissing stelt Kanzi hoger beroep in. Het Gerechtshof Den Bosch laat de beslissing van de Rechtbank Maastricht in stand. Zonder veel omhaal van woorden overweegt het gerechtshof daarbij dat naast het recidivegevaar ook de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis heeft te gelden. Na iets meer dan drie maanden na de aanhouding van Kanzi, op 19 mei 2004, wijst de Rechtbank Maastricht vonnis in zijn strafzaak en veroordeelt hem daarbij wegens twee overtredingen van de Opiumwet tot acht maanden gevangenisstraf, waarvan vier maanden voorwaardelijk, en een geldboete. In de strafmotivering wijst de rechtbank erop dat Kanzi niet eerder is veroordeeld wegens drugsdelicten.

Hendriks wordt op 16 maart 2004 aangehouden op verdenking van verkrachting, poging tot doodslag en/of zware mishandeling, in verband met een gewelddadige seksuele gedraging in de privé-sfeer. De rechter-commissaris staat, na het verstrijken van de in verzekeringstelling, de bewaring toe met de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis. De Rechtbank Maastricht wijst vervolgens op dezelfde grond het bevel gevangenhouding toe. Hendriks stelt hoger beroep in tegen deze beslissing, waarbij – in de bewoordingen van het EHRM – het volgende wordt aangevoerd:

The applicant did not challenge the existence of serious indications against him but argued that, given the context in which the facts had occurred, his release would not give rise to any social unrest which would justify keeping him in pre-trial detention. In his opinion, nobody would be shocked if he was released from pre-trial detention, as little publicity had been given to the criminal investigation and his arrest. The public prosecutor argued that the release of a suspect of rape always caused upheaval in society and certainly in this case where the victim had suffered considerable harm.

1 'Een niet zo schokkende uitspraak over de ernstig geschokte rechtsorde', AA 2007, p. 245-252, en 'De ernstig geschokte rechtsorde, een vervolg', AA 2007, p. 798-805.

2 Het debat hierover is in Nederland vooral aangezwengeld door T.M. Schalken. Zie diens noten onder EHRM 24 juli 2003, NJ 2005, 550 (Smirnova), en HR 21 maart 2006, NJ 2006,

246, alsmede T.M. Schalken, 'Vrijheidsbeneming volgens het EVRM en de Nederlandse praktijk inzake het voorarrest', in: P.D. Duyx & P.D.J. van Zeben (red.), *Via Straatsburg* (Myjerbundel), Nijmegen: WLP 2004, p. 261-262, en T.M. Schalken, 'De rechtsorde moet geregeld worden geschokt', *Advocatenblad* 2007, p. 268-269.

Het Gerechtshof Den Bosch laat de beslissing van de Rechtbank Maastricht in stand met de overweging dat het betoog van Hendriks miskent dat zijn vrijlating verder bekend zou worden in zijn omgeving en dat daardoor de rechtsorde ernstig zou worden geschokt. Op 14 september 2004, nog net geen zes maanden na de aanhouding, veroordeelt de Rechtbank Maastricht Hendriks wegens verkrachting tot 12 maanden gevangenisstraf, waarvan drie maanden voorwaardelijk.

In beide zaken wordt er voor het Straatsburgse hof over geklaagd dat er geen concrete aanwijzingen voorhanden waren dat de vrijlating van de verdachten tot onrust in de maatschappij zou leiden. In de zaak-Hendriks wordt daarbij specifiek ingegaan op de verhouding tussen het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde en de rechtspraak van het EHRM over artikel 5 EVRM:

He [Hendriks; MJB] submitted that the notion of 'public order' refers to a more concrete notion than the more abstract notion of 'legal order' in that the latter is to be understood as a law-based social order in which all fundamental rights are maintained, whereas the notion 'public order' is to be understood as a society where citizens can live in peace thanks to the absence of events causing disorderliness. Consequently, a legal order will be rocked more easily than public order.

Hiermee wordt kennelijk aansluiting gezocht bij de in de literatuur geuite kritiek dat het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde te ruim zou zijn in verhouding tot het criterium van 'public disorder'.³

De beoordeling door het EHRM

De beoordeling van de klachten van Kanzi en Hendriks verloopt in beide beslissingen langs dezelfde lijnen en grotendeels ook in gelijke bewoordingen. Na een overzicht van enkele eerdere uitspraken⁴ stelt het EHRM vast dat in beide zaken de voortzetting van de voorlopige hechtenis regelmatig door bevoegde rechters werd beoordeeld, en dat de voorlopige hechtenis berustte op ernstige bezwaren en wettelijke gronden. Het EHRM vervolgt:

It has not been argued and it does not appear that domestic law prescribes mandatory pre-trial detention of suspects of the offences referred to in Article 67 of the CCP. It is clear from the text of Articles 67 and 67a of the CCP that these provisions cannot be interpreted in that manner and that it is for the competent domestic judicial authority, in each individual case and on the basis of the particular facts

of each case, to determine the necessity of a placement in pre-trial detention provided that the conditions of Articles 67 and 67a of the CCP have been met, which provisions limit the possibilities of ordering a placement in pre-trial detention.

As the case-law under the Convention makes plain, the question of when detention on remand is no longer justified purely on the basis of 'reasonable suspicion' cannot be answered in the abstract. In the present case, there is no question but that the 'reasonable suspicion' against the applicant remained throughout. The issue is whether, nevertheless, the applicant was detained on remand unnecessarily long.

In this respect, the Court notes that Article 67a of the Netherlands CCP, which contains the grounds for detention on remand, recognises the notion of disturbance to public order caused by an offence of a particular gravity, in that its first paragraph under (b) cites as a ground for pre-trial detention 'a serious reason of public safety requiring the immediate deprivation of liberty' whereas, according to its second paragraph, such a serious reason may arise where it concerns 'suspicion of commission of an act which, according to the law, carries a punishment of imprisonment of twelve years or more and the legal order has been seriously rocked by that act'. As illustrated by the Court of Appeal's ruling in the instant case,⁵ domestic case-law includes in that concept the likely public disorder if such an accused were released. The Court accepts that this factor may legitimately be taken into account in deciding whether it is necessary and justified to place or retain a suspect in pre-trial detention. The extent to which the commission of such an offence has attracted or been given publicity cannot be decisive in the domestic determination of the possible 'disturbance to public order', but the passage of time will generally weaken the justification of pre-trial detention based on such considerations.

Aansluitend stelt het EHRM vast dat de duur van de voorlopige hechtenis van iets meer dan drie maanden respectievelijk krap zes maanden aanzienlijk korter is dan de periodes die aan de orde waren in andere (door de klagers aangehaalde) zaken waarin wel een schending van artikel 5 EVRM is vastgesteld.

De zaak-Kanzi bevat nog een overweging die niet in de zaak-Hendriks voorkomt, maar die zeker het citeren waard is:

Given the relatively limited duration of the applicant's pre-trial detention and the diligence with which the criminal proceedings against him were conducted and whatever the risk of recidivism may have been, the Court accepts – reiterating its understanding of domestic authorities' firmness with regard to those actively involved in drug offences (see, amongst others and *mutatis mutandis*, *Sezen v. the Netherlands*, no. 50252/99, § 43, 31 January 2006) – that the se-

3 De benodigde literatuurverwijzingen zijn te vinden in *AA* 2007, p. 245-252, onder 2.

4 Er wordt onder andere geciteerd uit EHRM 26 juni 1991, *NJ* 1995, 575 (Lettelier), § 51, EHRM 24 oktober 2003, *NJ* 2005, 550, m.nt. Sch (Smirnova), § 59, 63, 64, en EHRM 3

oktober 2006, appl.nr. 543/03 (McKay), § 41-45.

5 Deze zinsnede staat alleen in de tekst van de beslissing in de zaak-Hendriks. In de zaak-Kanzi staat in plaats daarvan 'Moreover,'.

rious indications against the applicant taken together with the public order considerations as expressed by the Court of Appeal constituted 'relevant' and 'sufficient' grounds for ordering the applicant's further detention on remand.

In beide zaken komt het EHRM tot een afwijzing van de klacht omdat deze 'manifestly ill-founded' wordt bevonden.

Noot

1 Wanneer men, tegen de achtergrond van de discussie in de literatuur over de verhouding tussen de Nederlandse en Straatsburgse normen voor voorlopige hechtenis, de overwegingen van het EHRM in deze ontvankelijkheidsbeslissingen leest, dan valt een aantal zaken op. Allereerst springt in het oog dat het EHRM benadrukt dat de Nederlandse wettelijke regeling geen verplichting tot toepassing van voorlopige hechtenis bevat, maar dat in elk concreet geval door de rechter moet worden onderzocht of in het licht van de wettelijke vereisten de noodzaak van voorlopige hechtenis in dát geval is gebleken. Op zichzelf is deze observatie ontegenzeggelijk juist. Tegelijkertijd kan niet worden ontkend dat de kritiek die met name vanuit de strafrechtsadvocatuur wordt geuit op de *toepassing* van de wettelijke regeling behelst dat de Nederlandse rechterlijke macht in bepaalde type zaken tamelijk kritiekloos – en dus min of meer automatisch – voorlopige hechtenis toestaat.⁶ Of die kritiek geheel terecht is, laat ik in het midden, maar het is onbetwist dat, uitzonderingen daargelaten, beslissingen omtrent de voorlopige hechtenis veelal behoorlijk summier worden gemotiveerd. Daardoor laat zich moeilijk nagaan op welke wijze in het concrete geval invulling wordt gegeven aan de wettelijke criteria. Een dergelijke praktijk staat op gespannen voet met de rechtspraak van het EHRM waarin het belang van een concrete en geïndividualiseerde benadering wordt onderstreept.⁷ Werpt men nu een blik op de motivering van de oordelen van de Nederlandse rechterlijke instanties die zich in de strafzaken tegen Kanzi en Hendriks hebben uitgesproken

over de voorlopige hechtenis,⁸ dan blinken deze bepaald niet uit in concreetheid en diepgang. Het EHRM lijkt daar in de ontvankelijkheidsbeslissingen echter niet zwaar aan te tillen.⁹

2 Van groot belang is voorts de wijze waarop het EHRM het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde beoordeelt. In de kern komt dat oordeel erop neer dat 'the notion of disturbance to public order caused by an offence of a particular gravity' reeds besloten ligt in het criterium van de ernstige geschokte rechtsorde. Dat zou te meer blijken uit 'domestic case law', waarin de te verwachten 'public disorder' in het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde is opgenomen. Heel veel meer woorden wijdt het EHRM niet aan de verhouding tussen de Straatsburgse invulling van 'public disorder' en de Nederlandse ernstig geschokte rechtsorde. Gelet op het feit dat het EHRM de klachten op de voet van artikel 35 lid 3 EVRM niet-ontvankelijk verklaart, is het Straatsburgse hof van oordeel dat het *evident* is dat er geen verdragsschending heeft plaatsgevonden.¹⁰ Niettemin zullen velen de uitkomst minder evident achten dan het EHRM.¹¹ In de literatuur en ook in sommige rechterlijke uitspraken is immers veelal aangenomen dat er een verschil in abstractieniveau bestaat tussen 'public disorder' enerzijds en de ernstig geschokte rechtsorde anderzijds.¹² Voor het vaststellen van 'public disorder' zou tamelijk concreet moeten worden gekeken naar de beroering in de maatschappij na de vrijlating van de verdachte, terwijl voor het aannemen van een ernstig geschokte rechtsorde zou kunnen worden volstaan met een (relatief) abstract oordeel omtrent de rechtsovertuiging en het maatschappelijk oordeel omtrent het begane strafbare feit. Ook al is er discussie mogelijk over de vraag hoe groot nu precies het verschil is tussen deze benaderingswijzen, onbetwist is altijd geweest dat er een zeker verschil kan worden aangewezen tussen beide criteria.¹³ Het EHRM veegt die aanname nu van tafel: 'public disorder' en de ernstig geschokte rechtsorde, het zijn inhoudelijk geen wezenlijk andere gronden voor voorlopige hechtenis. Maar wat betekent dat eigenlijk? Als er geen verschil bestaat,

6 Die kritiek wordt onder andere verwoord door S.L.J. Janssen & G.P. Hamer, 'Voorlopige hechtenis uit de bocht', *Advocatenblad* 2003, p. 932-936.

7 Zie bijvoorbeeld EHRM 24 oktober 2003, *NJ* 2005, 550, m.nt. Sch (Smirnova), § 63.

8 Daarbij uitgaande van de weergave van die motiveringen in de ontvankelijkheidsbeslissingen van het EHRM.

9 Anders dan men op grond van eerdere rechtspraak van het EHRM zou verwachten. Vgl. J.M. Reijntjes, 'Is er vooruitgang? Over de toepassing van voorlopige hechtenis', *Strafblad* 2004, p. 221.

10 Vgl. P. van Dijk & F. van Hoof e.a., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen/Oxford:

Intersentia 2006, p. 198.

11 Dat geldt ook voor mijzelf. In de eerdere annotaties heb ik aangegeven dat in de Straatsburgse rechtspraak nauwelijks handen en voeten is gegeven aan de invulling van 'public disorder', waardoor het lastig was de consequenties van die rechtspraak voor het Nederlandse recht te duiden.

12 Zie nader AA 2007, p. 245-252, onder 2.

13 Al kan met een beroep op verdragconforme interpretatie het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde minder abstract worden ingevuld om op die wijze het verschil weg te nemen. Zie met name Rb. Haarlem 13 april 2007, LJN: BA2938, AA 2007, p. 798-805.

welke invulling – de meer concrete of de meer abstracte – prevaleert dan? Blijkt ‘public disorder’ toch een minder concrete maatstaf te behelzen dan veelal is aangenomen? Of dicht het EHRM het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde een minder abstracte inhoud toe dan in de Nederlandse rechtspraak en literatuur eraan wordt toegekend? Het is niet zo eenvoudig om deze vragen te beantwoorden.

De verwijzing van het EHRM naar ‘domestic case law’ is niet erg helder. In de zaak-Kanzi wordt niet gespecificeerd om welke nationale rechtspraak het hier zou gaan. Dat ligt enigszins anders in de zaak-Hendriks. Daarin verwijst het EHRM ter illustratie van de ‘domestic case law’ naar het oordeel van het Gerechtshof Den Bosch over het hoger beroep van Hendriks tegen het bevel gevangenhouding. Zoals hierboven reeds is vermeld, heeft Hendriks bij het gerechtshof aangevoerd dat het feit waarvan hij wordt verdacht, alsmede zijn aanhouding nauwelijks publiciteit hebben getrokken, zodat niet kan worden verwacht dat zijn vrijlating tot maatschappelijke onrust zal leiden. Het gerechtshof brengt daartegen in dat zijn vrijlating verder bekend zou worden in zijn omgeving en dat daardoor de rechtsorde ernstig zou worden geschokt. Wat het gerechtshof hier feitelijk doet, is een verweer dat is gebaseerd op het ‘public disorder’-criterium uit de Straatsburgse rechtspraak,¹⁴ weerleggen met een beroep op het Nederlandse criterium van de ernstig geschokte rechtsorde. Het feit dat het gerechtshof refereert aan de bekendheid van de vrijlating in de omgeving past op zich nog wel bij de vraag of er maatschappelijke onrust zal ontstaan,¹⁵ maar daarmee laat het gerechtshof ‘public disorder’ en de ernstig geschokte rechtsorde nog niet noodzakelijkerwijs samenvallen. Onduidelijk is of het EHRM nog andere ‘domestic case law’ op het oog heeft, en zo ja: welke dat dan is. Bezwaarlijk kan worden gezegd dat de Nederlandse rechtspraak over de ernstig geschokte rechtsorde als grond van voorlopige hechtenis heel eenduidig is. Tegenover oudere – en veel aangehaalde – rechtspraak waarin vooral de geschetste abstracte benadering wordt gekozen, staat ook een enkele recente uitspraak waarin een meer concrete invulling wordt voorgestaan. Een goed voorbeeld van dit laatste is de beschikking van de rechtbank Haarlem die in mijn vorige annotatie is besproken. Van belang is ook dat de rechtspraak van de Hoge

Raad nauwelijks richtinggevend is. Uit die rechtspraak volgt slechts dat op grond van het enkele feit dat een strafbaar feit met een maximumgevangenisstraf van twaalf jaar of meer wordt bedreigd, geen ernstig geschokte rechtsorde kan worden aangenomen.¹⁶ Er kan dan ook worden vastgesteld dat de verwijzing naar ‘domestic case law’ in de zaken-Kanzi en Hendriks weinig licht doet schijnen op de hiervoor opgeworpen vragen omtrent de verhouding tussen de maatstaf van ‘public disorder’ en het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde.

Bij bestudering van de ontvankelijkheidsbeslissingen blijkt wel dat het EHRM twee vingervijzingen verschaft voor de wijze waarop ‘public disorder’ kan worden vastgesteld. Allereerst geeft het EHRM duidelijk aan dat het gaat om ‘the notion of disturbance to public order caused by an offence of particular gravity’. Daarmee verschaft het EHRM impliciet duidelijkheid over de eerder besproken vraag wat de bron moet zijn van ‘public disorder’.¹⁷ Niet vereist is kennelijk dat de maatschappelijke onrust het rechtstreekse gevolg is van het te verwachten gedrag van de verdachte nadat hij op vrije voeten wordt gesteld. De ‘public disorder’ wordt daarentegen eerst en vooral in verband gebracht met het feit dat een strafbaar feit van een bijzondere ernst is begaan (terwijl degene die daarvan wordt verdacht, op vrije voeten wordt gesteld). Het EHRM zegt daarmee niet dat die ernst het enige relevante gezichtspunt is – dat zou in tegenspraak zijn met eerdere rechtspraak¹⁸ – maar duidelijk is wel dat ‘public disorder’ moet worden opgevat als de te verwachten reactie op de vrijlating van degene die van dat strafbare feit van een bijzondere ernst wordt verdacht, en niet diens gedragingen na vrijlating. De tweede vingervijzing betreft de overweging dat de mate waarin het begaan zijn van het misdrijf in de publiciteit is gekomen, niet beslissend kan zijn voor de vaststelling van ‘public disorder’. Wel geldt, zo merkt het EHRM voortbouwend op eerdere rechtspraak op,¹⁹ dat met het verstrijken van de tijd het oordeel dat de voorlopige hechtenis moet voortduren een sterkere onderbouwing behoeft. In dat licht kan het ontbreken van publicitaire aandacht toch weer een rol van betekenis spelen. Bezie men beide vingervijzingen – centraal staat de bijzondere ernst van het misdrijf en niet zozeer het (te verwachten) gedrag van de verdachte na vrijlating,

14 Zie vooral de in noot 4 genoemde uitspraken in de zaken-Letellier en Smirnova.

15 Ook al betekent bekendheid van de omgeving met de vrijlating niet noodzakelijkerwijs dat er ook sprake zal zijn van maatschappelijke onrust.

16 HR 21 maart 2006, LJN: AU8131, *NJ* 2006, 246, m.nt. T.M. Schalken, *AA* 2007, p. 245-252.

17 Zie *AA* 2007, p. 798-805, onder 2.

18 Het uitsluitend in aanmerking nemen van ‘a purely abstract point of view, taking into consideration only the gravity of the offence’, is van de hand gewezen in onder andere EHRM 26 juni 1991, *NJ* 1995, 575 (Letellier), § 51, en EHRM 27 november 1991, *NJ* 1995, 576, m.nt. EAA (Kemmache), § 52.

19 Vgl. bijvoorbeeld EHRM 27 augustus 1992, appl.no. 12850/87 (Tomasi), § 91.

terwijl de mate van publicitaire aandacht in principe niet beslissend is – dan wekt dat de indruk dat het oordeel omtrent ‘public disorder’ toch ook een zekere abstractie in zich mag dragen. Het gaat immers om het inschatten van de maatschappelijke reactie op de vrijlating van een persoon die van een tamelijk ernstig strafbaar feit wordt verdacht, zonder dat vereist is dat die reactie wordt afgeleid uit media-aandacht naar aanleiding van dat strafbare feit. De compactheid van de overwegingen van het EHRM in de zaken-Kanzi en Hendriks laten geen hele scherpe gevolgtrekkingen toe, maar die overwegingen duiden er naar mijn mening wel op dat de maatstaf van ‘public disorder’ uiteindelijk niet veel minder abstract is dan het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde. Dat zou betekenen dat de Straatsburgse benadering van ‘public disorder’ eigenlijk dichterbij de Nederlandse invulling van de ernstig geschokte rechtsorde ligt dan veelal is aangenomen, in ieder geval wanneer na het be- gaan van het delict en de aanhouding van de ver- dachte een niet al te lange tijd is verstreken.

3 In de zaak-Kanzi komt het EHRM nog met een opmerkelijke uitsmijter. Het EHRM onderstreept het begrip dat het Straatsburgse hof heeft voor de fermheid waarmee nationale autoriteiten optreden tegen personen die betrokken zijn bij drugscriminaliteit. Dat begrip heeft het EHRM al eerder ge- uit, zij het niet eerder in relatie tot de voorlopige hechtenis.²⁰ Het EHRM heeft er geen moeite mee dat, gelet op de relatief korte duur van de voorlo- pige hechtenis en de voortvarendheid waarmee de strafrechtelijke procedure is verlopen, in de zaak- Kanzi voorlopige hechtenis is toegepast vanwege de ernstige bezwaren die tegen Kanzi golden, in combinatie met ‘the public order considerations’ waar de nationale rechter zich op beriep. Het is lastig om de betekenis van deze uitsmijter te dui- den. Strikt genomen, gaat het om een overweging ten overvloede. Immers, in de zaak-Hendriks is de voorlopige hechtenis door de nationale rech- ter op dezelfde grond toegestaan als in de zaak- Kanzi, terwijl de klacht daarover door het EHRM in zo goed als gelijke bewoordingen, maar dan zonder het *obiter dictum*, niet-ontvankelijk is ver- klaard. Waarom dan toch deze uitsmijter in de zaak-Kanzi? Over het antwoord op deze vraag

kan men slechts speculeren. Zou het hier kunnen gaan om een impliciete goedkeuring van de Ne- derlandse praktijk waarin koeriers van niet al te grote hoeveelheden drugs die op Schiphol worden aangehouden, een vaste woon- of verblijfsplaats in Nederland hebben en niet eerder met justitie in aanraking zijn geweest, in voorlopige hechtenis worden genomen met de ernstig geschokte rechts- orde als enige grond voor voorlopige hechtenis?²¹ Het gaat daarbij om strafbare feiten waarvan de bijzondere ernst, zeker in vergelijking met bij- voorbeeld seksuele misdrijven, niet onmiddellijk in het oog springt. Toepassing van de voorlopige hechtenis bij drugskoeriers vormt veeleer een on- derdeel van een bredere bestrijding van de han- del in verdovende middelen en de kwalijke maat- schappelijke gevolgen daarvan. In de Nederlandse literatuur is – overigens ook door de Nederlandse rechter die de beslissingen in de zaken-Kanzi en Hendriks heeft meegewezen²² – twijfel geuit over de toelaatbaarheid van de geschetste praktijk met betrekking tot de toepassing van voorlopige hec- tenis bij drugskoeriers in het licht van artikel 5 EVRM. Die twijfel komt ook tot uitdrukking in enkele van de rechterlijke uitspraken die ik in mijn vorige annotaties heb besproken. Het valt niet uit te sluiten dat het EHRM bij voorbaat een dam heeft willen opwerpen voor een stroom van klach- ten over die praktijk.

Afzonderlijke aandacht verdient nog de verwij- zing naar de relatief korte duur van de voorlopi- ge hechtenis. Het is niet geheel duidelijk of het EHRM hier specifiek wil aanhaken bij overwe- gingen uit eerdere rechtspraak waarin wordt overwo- gen dat de verschillende gronden voor voorlopige hechtenis, waaronder het gevaar voor ‘public dis- order’, pas van belang zijn nadat een eerste fase, direct nadat tot aanhouding is overgegaan, is ver- streken.²³ Centraal staat hier de constatering dat, gegeven het feit dat ‘public disorder’ hier als grond gold, de duur van de voorlopige hechtenis betrek- kelijk kort is geweest. Die constatering krijgt reliëf wanneer men voor ogen houdt dat de zaken waar- in het EHRM schending van artikel 5 EVRM in verband met de toepassing van voorlopige hec- tenis pleegt aan te nemen, er door worden geken- merkt dat de lengte van de voorlopige hechtenis (tot de uitspraak in eerste aanleg)²⁴ eerder in ja-

20 Naast de zaak-Sezen, appl.no. 50252/99, § 43, waar het EHRM zelf naar verwijst, ook EHRM 19 februari 1998, appl. no. 26102/94 (Dalia), § 54, en EHRM 30 november 1999, appl.no. 34374/97 (Baghli), § 48.

21 Zie de inleiding van ‘Een niet zo schokkende uitspraak over de ernstig geschokte rechtsorde’, *AA* 2007, p. 245.

22 E. Myjer, ‘De te lang gehechte identieke tweelingzusjes’, *NJCM* 2004, p. 389, die betwijfelt of in het licht van de EHRM-rechtspraak een ernstig geschokte rechtsorde mag worden aangenomen ‘bij een schlemiel die (ook nog met gevaar voor eigen le-

ven) bolletjes heeft geslikt’.

23 Zie nader *AA* 2007, p. 245-252, onder 5. Vgl. ook EHRM 3 oktober 2006, appl.no. 543/03 (McKay), § 44-45.

24 Op het moment dat er een veroordeling wordt uitgesproken, wordt de vrijheidsbeneming – ook indien het gaat om de voort- zetting van de voorlopige hechtenis in afwachting van het hoger beroep – beoordeeld in het licht van art. 5 lid 1 onder a EVRM en niet langer op de voet van art. 5 lid 1 onder c EVRM. Zie o.a. EHRM 26 oktober 2000, appl.no. 30210/96 (Kudla), § 104.

ren, dan in weken of maanden wordt uitgedrukt.²⁵ Het EHRM wijst daar zelf ook op in zowel de zaak-Kanzi als de zaak-Hendriks, in reactie op een beroep op enkele Straatsburgse uitspraken ter onderbouwing van de klachten. De Nederlandse wettelijke regeling van de voorlopige hechtenis houdt een zekere garantie in dat, indien de verdachte voorlopig is gehecht, de inhoudelijke behandeling van de strafzaak niet al te lang op zich laat wachten. Dat geldt zeker indien het benodigde strafrechtelijke onderzoek niet al te complex is. Dat biedt een verklaring waarom het EHRM niet al te zwaar tilt aan de geschetste Nederlandse praktijk van voorlopige hechtenis, en vermoedelijk ook waarom het EHRM geen al te diepgravende beschouwingen wijdt aan de verhouding tussen het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde en de maatstaf van 'public disorder'. Daar staat overigens wel tegenover dat juist de nadruk op een snelle behandeling van de strafzaak bij een voorlopig gehechte verdachte het ongewenste neven-effect kan hebben dat voorlopige hechtenis gaat fungeren als een zekere garantie voor een spoedige behandeling, terwijl het snel op zitting kunnen aanbrengen van een zaak geen geldige grond voor voorlopige hechtenis vormt.²⁶

4 Het vorenstaande laat zien dat de beslissingen van het EHRM in de zaken-Kanzi en Hendriks en de implicaties van die beslissingen niet in alle opzichten glashelder zijn, maar de boodschap uit Straatsburg is betrekkelijk duidelijk: de toepassing van het Nederlandse criterium van de ernstig geschokte rechtsorde komt in doorsnee-strafzaken niet in strijd met (de rechtspraak over) artikel 5 EVRM. Ook aan de motivering van het oordeel omtrent de ernstig geschokte orde/'public disorder' worden geen hoge eisen gesteld. Dat ligt alleen anders indien de voorlopige hechtenis van (zeer) lange duur is, dan wordt een meer concrete invulling van de (verwachte) 'public disorder' ver-

wacht en zal waarschijnlijk een motivering waarin zonder veel omhaal van woorden wordt verwezen naar de ernstig geschokte rechtsorde, niet langer volstaan. Het debat in Nederland over de verhouding tussen de maatstaf van 'public disorder' en het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde lijkt daarmee als een nachtkaaars uit te gaan.²⁷ Tegelijkertijd betekent de zegen die het EHRM geeft aan het criterium van de ernstig geschokte rechtsorde, niet dat de inhoud van dat criterium daarmee ook veel duidelijker is geworden. De ernstig geschokte rechtsorde is en blijft een tamelijk abstract criterium. Er is nog steeds alle reden om te komen tot een nadere invulling van de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis. Een nadere concretisering van deze grond is niet alleen in het belang van de rechtseenheid, maar ook zeer gewenst met het oog op de begrenzing van de toepasbaarheid van de voorlopige hechtenis als ingrijpend dwangmiddel.²⁸ Zoals aangegeven, mag die ernstig geschokte rechtsorde niet uitsluitend worden aangenomen op grond van het feit dat een strafbaar feit is begaan waarop naar de wettelijke omschrijving een maximum gevangenisstraf van twaalf jaar of meer is gesteld. Men zou kunnen zeggen dat het begaan van een dergelijk feit de rechtsorde wel schokt, maar dat voor het aannemen van een *ernstig* geschokte rechtsorde bijkomende feiten en omstandigheden moeten blijken die een dergelijk oordeel rechtvaardigen. De ontvankelijkheidsbeslissingen van het EHRM in de zaken-Kanzi en Hendriks maken duidelijk dat de vraag welke omstandigheden en onderliggende belangen mogen worden betrokken in het oordeel omtrent de ernstig geschokte rechtsorde, een vraag is die niet door het Straatsburgse hof zal worden beantwoord. Deze vraag zal dan ook binnen de Nederlandse rechtsorde van een (nader) antwoord moeten worden voorzien. Dat is de opgave waar de Nederlandse strafrechtswetenschap en de rechterlijke macht thans voor staan.*

25 Vgl. bijvoorbeeld EHRM 31 oktober 2006, appl.no. 3675/03 (Stenka).

26 Zie nader AA 2007, p. 798-805, onder 3.

27 Hetgeen overleert laat dat er nog steeds discussie mogelijk is of de Nederlandse regeling van de voorlopige hechtenis in andere opzichten – dus los van de 'public disorder' als grond voor voorlopige hechtenis – wel op gespannen voet staat met art. 5 EVRM, bijvoorbeeld waar het gaat om de geringe aandacht voor alternatieven voor voorlopige hechtenis. Vgl. daaromtrent P.H.P.H.M.C. van Kempen & F.G.H. Kristen, 'Alternatieven voor voorarrest vanuit Europees perspectief', in: A.H.E.C. Jor-

daans, P.A.M. Mevis & J. Wöretshofer (red.), *Praktisch strafrecht* (Reijntjes-bundel), Nijmegen: WLP, p. 301-327.

28 Om deze laatste reden is in het project-Strafvordering 2001 voorgesteld om de ernstig geschokte rechtsorde als grond voor voorlopige hechtenis nauwer te laten aansluiten bij het uitgangspunt dat het voorarrest een middel kan zijn om een onmiddellijke en aanwijsbare versterking van de openbare orde af te wenden. Zie J. uit Beijerse & J.B.H.M. Simmelink, 'Voorarrest', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het vooronderzoek in strafzaken*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 644-646.